

LODO ARBITRALE

Nel procedimento fra:

in persona dell'amministratore unico _____, rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Matteo De Poli (cod.fisc. DPL MTT 63B07 L736W) e Claudia Marini (cod.fisc.MRN CLD 81T69 L407G) di Venezia, presso i quali ha altresì eletto domicilio,

e:

VENETO BANCA S.p.A. (ora VENETO BANCA S.c.p.a.)
cod.fisc.00208740266,

in persona del legale rappresentante *pro tempore* dott. Flavio Trinca rappresentata e difesa dagli avv.ti _____ (cod.fisc. _____) e _____ (cod.fisc. _____)

), di Treviso, presso i quali ha altresì eletto domicilio,

pronunciato dagli arbitri

prof. avv. Giovanni Gabrielli, con funzione di presidente,

prof. avv. Maria Costanza

prof. avv. Luigi Garofalo

costituitisi in collegio, con sede in Treviso, in applicazione della clausola compromissoria contenuta nell'art.14 del contratto /Veneto Banca datato 16/2/2004, nonché negli artt.27 dei contratti /Veneto Banca datato 20/12/2004, /Veneto Banca datato 20/12/2004 e Modus/Veneto Banca datato 3/11/2005,

Clausola compromissoria e svolgimento del giudizio

Con "Atto di denuncia di lite e contestuale domanda di arbitrato

A LC

con nomina di arbitro" di data 18 settembre 2009 e inoltrato per la notifica a Veneto Banca S.p.a. il successivo 22 settembre 2009, , anche nella qualità di successore a titolo universale di . e in qualità di cessionaria della posizione contrattuale già facente capo a

., ha denunciato l'insorgenza di controversia relativa a contratti su strumenti finanziari derivati conclusi con Veneto Banca S.p.a. e promosso procedimento arbitrale contro la stessa, in forza di clausola compromissoria contenuta negli artt.14 e 27 degli accordi quadro per contratti su strumenti finanziari derivati, del seguente tenore:

"Ogni controversia concernente l'efficacia, la validità, l'esecuzione, la risoluzione del presente ACCORDO QUADRO sarà decisa da un collegio di tre arbitri, di cui uno nominato dalle parti ed il terzo, che sarà il presidente del collegio arbitrale, dai primi due arbitri, o, nel caso costoro non raggiungano un accordo entro 20 giorni dalla nomina del secondo arbitro, dal Presidente del Tribunale di Treviso. Gli arbitri decideranno secondo diritto ed applicando le regole procedurali dettate dagli artt.810 e seguenti del codice di procedura civile. Il collegio arbitrale avrà la sua sede in Treviso. La decisione sarà resa entro 180 giorni dalla accettazione della nomina."

Sulla base della clausola suddetta, provvedeva alla designazione di un arbitro nella persona del prof. avv. Luigi Garofalo.

Con "**Atto di nomina di arbitro**" di data 8 ottobre 2009, avviato alla notifica a il successivo 12/10/09, Veneto Banca S.p.a., in persona del legale rappresentante, presidente del consiglio di amministrazione, provvedeva alla designazione di altro arbitro nella persona della prof. avv.



Maria Costanza.

Gli arbitri così nominati concordemente chiedevano all'avv. prof. Giovanni Gabrielli la disponibilità ad accettare l'ufficio di presidente del costituendo Collegio arbitrale.

Il 12 maggio 2010, nella sede dell'arbitrato fissata presso lo studio professionale dell'arbitro prof. avv. Luigi Garofalo, si riunivano gli arbitri nominati, i quali dichiaravano di non avere motivi di incompatibilità e confermavano di accettare le rispettive nomine, nominando segretario del collegio l'avv. Antonia D'Amico e costituendo così il Collegio arbitrale deputato a definire la controversia insorta tra . e Veneto Banca S.p.A. .

Alla prima udienza, fissata per lo stesso 12 gennaio 2010, il collegio dava atto della presenza dei difensori delle parti, i quali, a séguito di richiesta, dichiaravano di fissare il termine per l'invio del lodo in cinquanta giorni dopo la data di deposito dell'ultimo atto defensionale ovvero dopo la data dell'udienza finale di discussione, ove disposta.

Veniva assegnato a termine fino al 22/2/2010 per il deposito e lo scambio di memoria contenente l'illustrazione delle proposte domande, con allegazione di documenti e formulazione di istanze istruttorie, ed a Veneto Banca termine fino 30/04/2010 per il deposito e lo scambio di memoria di replica. Era altresì fissata nuova udienza per la comparizione anche personale delle Parti al 15 maggio 2010, al fine dell'esperimento del tentativo di conciliazione e, in difetto, per interrogatorio libero e trattazione.

depositava e scambiava con la controparte, nel termine assegnato, memoria introduttiva datata 19 febbraio 2010 con la quale



specificava le domande proposte, lamentando l'inadempimento da parte di Veneto Banca degli obblighi di fonte legale (violazione art.21 TUF), regolamentare (violazione artt. 27-28-29 Reg.Consob) e contrattuale (violazione artt. 9 e 10 dell'accordo quadro per contratti su strumenti finanziari derivati "Over the Counter") in una serie di contratti con essa conclusi.

Veneto Banca S.p.a. depositava e scambiava con la controparte, nel termine assegnato, memoria difensiva datata 31 marzo 2010 con la quale contestava le domande di _____, offrendo di provare documentalmente e per mezzo di prove testimoniali la correttezza del proprio operato.

Nell'udienza del 15 maggio 2010 comparivano personalmente le Parti, le quali dichiaravano che nessun accordo era fin allora maturato, onde il tentativo di conciliazione non sortiva esito positivo e di ciò preso atto il collegio procedeva all'interrogatorio libero delle Parti.

Ad esito dell'interrogatorio libero delle Parti e della conseguente trattazione, il collegio arbitrale deliberava con ordinanza di data 7 giugno 2010 di acquisire consulenza tecnica, all'uopo nominando il prof. _____ di Verona al quale veniva assegnato il seguente quesito:

"Verifichi il CTU sulla base degli atti e documenti depositati nel giudizio e di altri di cui ravvisasse l'utilità dell'acquisizione dalle Parti o anche da terzi, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio delle Parti stesse, se i contratti di IRS impugnati fossero idonei ad assolvere, a vantaggio della controparte della Banca, la funzione loro propria di copertura del rischio da evoluzione dei tassi.

Verifichi il CTU se e in che misura siano state nei contratti oggetto della

W

B, 15

consulenza incluse commissioni implicite, nonché se ed in quale misura le commissioni implicite siano legate ai fair value dei prodotti finanziari scambiati OTC e se i contratti de quibus contemplino dei meccanismi di eventuale riequilibrio, e se l'ammontare delle commissioni implicite fosse, ed eventualmente in che misura, compensato da upfront che la Banca stessa ebbe a riconoscere alla controparte, in dipendenza delle perdite maturate nei primi contratti, in quelli conclusi successivamente".

Le Parti provvedevano a nominare propri CTP nel termine fissato.

Tempestivamente depositata in data 1° settembre 2010 la relazione predetta, il collegio arbitrale, con ordinanza di data 3 settembre 2010, assegnava alle Parti termine fino all'8/10/2010 per il deposito e lo scambio di memorie contenenti le loro deduzioni e per eventuale audizione del CTU a chiarimenti, ove opportuno, riservandosi ogni ulteriore provvedimento anche di natura istruttoria .

Dalle memorie risultava l'opportunità dell'audizione del CTU, che era quindi convocato all'udienza del 22/11/2010.

Nella medesima udienza erano richiesti al CTU chiarimenti in relazione ai rilievi critici contenuti nelle memorie depositate dalle Parti, ai quali il CTU forniva risposta. Il collegio decideva, altresì, di ammettere specifici capitoli di prova testimoniale tra quelli offerti dalle Parti e, per l'assunzione della prova stessa, fissava udienza al 17 gennaio 2011.

All'udienza del 17 gennaio 2011 venivano sentiti i testi indicati dalle Parti.

All'esito dell'incombente il collegio arbitrale, ritenuta la causa matura per la decisione, invitava le Parti a precisare le conclusioni, con deposito di apposito foglio entro il termine del 28/2/2011, e deposito e scambio altresì di



memorie finali e repliche nel termine, rispettivamente, del 30/3/2011 e del 18/4/2011, riservandosi di fissare eventuale discussione orale, ove tempestivamente richiesta da almeno una delle Parti stesse entro 21/4/2011.

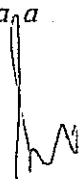
Il giorno 6/5/2011, nessuna delle Parti avendo chiesto la discussione orale, era deliberato, in conferenza personale degli arbitri, il lodo, per decidere sulle domande così come precisate nelle rispettive conclusioni :

Per:

Nel merito, in via principale.

Accertarsi e dichiararsi la nullità, per le ragioni esposte in narrativa, dei seguenti contratti:

- 1) "Contratto Quadro Interest Rate Swap" di data 16 febbraio 2004 sottoscritto da _____ ;
- 2) contratto di Interest Rate Swap n.3025/04 di data 16 febbraio 2004 stipulato da _____
- 3) "accordo quadro per contratti su strumenti finanziari derivati Over The Counter" sottoscritto da _____ di data 20 dicembre 2004;
- 4) contratto di Interest Rate Swap n.3171/04 di data 20 dicembre 2004 stipulato da _____ ;
- 5) contratto di Interest Rate Swap n.3027/05 di data 12 luglio 2005 stipulato da _____ e ceduto a _____ in data 3 novembre 2005;
- 6) "accordo quadro per contratti in strumenti finanziari derivati Over The Counter" sottoscritto da _____ di data 20 dicembre 2004. posizione ceduta a _____ in data 3 novembre 2005;
- 7) contratto di Interest Rate Swap n.3028/05 di data 12 luglio 2005 stipulato da _____ : posizione ceduta a _____ in data 3 novembre



2005;

8) "accordo quadro per contratti su strumenti finanziari derivati Over The Counter" di data 3 novembre sottoscritto da .

9) contratto di Interest rate Swap n.3055/06 di data 13 luglio 2006 stipulato da ;

per l'effetto, condannarsi Veneto Banca in persona del suo legale rappresentante pro tempore, quale successore dei rapporti già facenti capo a Veneto Banca s.p.a, a restituire a . la somma di € 2.433.934,70 ed € 61.259,98, oltre a quelle altre eventualmente sostenute per commissioni, per l'acquisto e la custodia degli strumenti, o la diversa somma che sarà ritenuta di giustizia, da gravare in ogni caso, previa rivalutazione, degli interessi legali dalla data dei pagamenti al saldo.

Nel merito, in via subordinata.

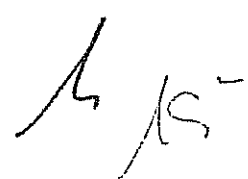
Accertarsi e dichiararsi il grave inadempimento di Veneto Banca S.c.p.a., quale successore dei rapporti già facenti capo a Veneto Banca s.p.a. agli obblighi di comportamento descritti nella narrativa del presente atto; conseguentemente dichiararsi la risoluzione per inadempimento dei seguenti contratti:

1) "Contratto Quadro Interest Rate Swap" di data 16 febbraio 2004 sottoscritto da . ;

2) contratto di Interest Rate Swap n.3025/04 di data 16 febbraio 2004 stipulato da . ;

3) "accordo quadro per contratti su strumenti finanziari derivati Over The Counter" sottoscritto da . di data 20 dicembre 2004;

4) contratto di Interest Rate Swap n.3171/04 di data 20 dicembre 2004



stipulato da _____ ;

5) contratto di Interest Rate Swap n.3027/05 di data 12 luglio 2005 stipulato da _____ e ceduto a _____ in data 3 novembre 2005;

6) "accordo quadro per contratti in strumenti finanziari derivati Over The Counter" sottoscritto da _____ di data 20 dicembre 2004. posizione ceduta a _____ in data 3 novembre 2005;

7) contratto di Interest Rate Swap n.3028/05 di data 12 luglio 2005 stipulato da _____ posizione ceduta a _____ in data 3 novembre 2005;

8) "accordo quadro per contratti su strumenti finanziari derivati Over The Counter" di data 3 novembre sottoscritto da _____ ;

9) contratto di Interest rate Swap n.3055/06 di data 13 luglio 2006 stipulato da _____ ;

per l'effetto, condannarsi Veneto Banca s.c.p.a. in persona del suo legale rappresentante pro tempore, quale successore dei rapporti già facenti capo a Veneto Banca s.p.a.:

a) a restituire a _____ la somma di € 2.433.934,70 ed € 61.259,98 oltre alle altre somme eventualmente sostenute per commissioni, per l'acquisto e la custodia degli strumenti, o la diversa maggiore o minor somma che emergerà in corso di causa, da gravare in ogni caso, previa rivalutazione, degli interessi legali dalla data dei pagamenti al saldo;

b) al risarcimento a favore di _____ degli ulteriori danni, da quantificarsi in corso di causa, anche in forza di liquidazione equitativa, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali dal dovuto al saldo.

Nel merito, in via ulteriormente subordinata,



Accertarsi e dichiararsi che Veneto Banca s.c.p.a., quale successore dei rapporti già facenti capo a Veneto Banca S.p.a. ha agito in violazione delle regole di comportamento descritte nella narrativa del presente atto e per l'effetto condannarsi Veneto Banca S.c.p.a. in persona del suo legale rappresentante pro tempore, quale successore dei rapporti già facenti capo a Veneto Banca S.p.a. al risarcimento a favore di _____ dei danni che si quantificano in € 890.865,70 oltre a quanto percepito dalla banca a titolo di interessi passivi per € 61.259,98 ed oltre a quanto percepito a titolo di commissioni implicite, per un importo complessivo di € 571.487,26 per un totale di € 1.523.613,00 o nella diversa, maggiore o minore somma che emergerà in corso di causa, anche in forza di liquidazione equitativa, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data del dovuto al saldo.

In ogni caso.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari.

In via istruttoria.

Si insiste per l'ammissione delle istanze istruttorie formulate con la memoria introduttiva di data 19 febbraio 2010 e con la prima memoria autorizzata di data 30 aprile 2010 che non sono state ammesse.

Per Veneto Banca S.c.p.a.

Nel merito in via principale

Respingersi tutte le domande attoree ex adverso proposte in quanto infondate in fatto ed in diritto, per i motivi esposti nella memoria difensiva del 31.03.2010 e nella memoria di replica del 30.04.2010.

Nel merito in via subordinata

Nella denegata ipotesi in cui il collegio ritenesse la fondatezza delle

domande attoree dichiarando così la nullità, ovvero pronunciando la risoluzione dei cd "contratti quadro" ovvero dei singoli contratti in strumenti derivati oggetto di controversia e disponendo per l'effetto la restituzione all'attrice, (anche nella sua qualità di incorporante e di successore a titolo particolare di) delle somme da quest'ultima pagate, ovvero nell'ipotesi in cui dovesse accogliere le domande di risarcimento del danno, tenersi conto, ai fini della determinazione del quantum debeatur, delle somme accreditate a . - ovvero a . ad . - nel corso dei rapporti contrattuali, di seguito analiticamente indicate

a) in favore di.

- € 5.062,50 in data 18.05.2004;

- € 4.939,35 in data 20.08.2004

- € 719,90 in data 18.11.2004

- € 85.800,00 in data 21.12.2004

- € 8.847,22 in data 4.7.2005

- € 25.000,00 in data 21.12.2004

- € 6.527,78 in data 31.10.2005

b) in favore di

- € 10.222,22 in data 11.06.2004

- € 10.222,22 in data 15.09.2004

- € 10.111,11 in data 3.12.2004

- € 27.000,00 in data 21.12.2004

- € 8.847,22 in data 11.04.2005

- € 8.847,22 in data 4.07.2005

- € 25.000,00 in data 19.07.2005

- € 6.527,78 in data 31.10.2005

c) in favore di

- € 6.388,89x2 in data 31.01.2006

- € 6.041,66x2 in data 28.04.2006

- € 1.338.000,00 in data 17.07.2006

- € 606,67 in data 18.07.2008

Nonchè di quelle ulteriori che dovessero essere accreditate a nel corso del presente procedimento arbitrale, somme tutte di cui si chiede la restituzione, oltre ad interessi al tasso legale dalle date di accredito di ciascuna somma sul c/c al saldo.

Quanto alle pretese risarcitorie ex adverso formulate, dichiararsi non dovuto il risarcimento richiesto, per i motivi esposti nella memoria difensiva del 31.03.2010 ed, in ogni caso, per quanto prevede l'art.1227 secondo comma c.c.; in via ulteriormente subordinata ridursi il risarcimento dovuto in considerazione del concorso colposo di parte attrice ex art.1227 primo comma c.c. nella causazione del danno, per i motivi esposti in atti.

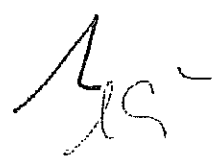
In ogni caso

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite e con condanna di alla rifusione integrale delle spese di arbitrato, ivi comprese quelle relative all'espletata consulenza tecnica.

In via istruttoria

Si insiste infine affinché il collegio voglia disporre l'ammissione dei capitoli di prova testimoniale formulati dalla Banca con la memoria difensiva del 31.03.2010 e non ammessi con l'ordinanza n.4 del 22.11.2010.

Si chiede altresì di essere abilitati a prova contraria come da memoria



difensiva del 31.03.2010 con i testi ivi indicati.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con riferimento ai contratti contenenti clausole compromissorie indicati in epigrafe, che sono intitolati "contratto quadro *interest swap*" il primo e "accordo quadro per contratti su strumenti derivati *over the counter*" gli altri tre, nonché con riferimento a cinque singole operazioni di *interest rate swap* successivamente perfezionate nell'ambito del rapporto regolato dai predetti "contratto" o "accordi" quadro, (di séguito) ha denunciato violazioni dei doveri imposti da norme giuridiche e da clausole contrattuali, di cui si sarebbe resa responsabile Veneto Banca S. c. p. a. (di séguito Veneto Banca). Di tali violazioni ha richiesto l'accertamento, per fare da questo discendere, come domandato nel merito: in via principale, la dichiarazione di nullità tanto del contratto ed accordi quadro quanto delle singole operazioni di *interest rate swap*, con conseguente condanna di Veneto Banca alla restituzione di somme ad essa addebitate in corso di rapporto; in subordine, la pronuncia di risoluzione per inadempimento da parte di Veneto Banca sia dei contratti quadro che delle singole operazioni, con conseguente condanna della stessa Banca alla restituzione di somme ed al risarcimento di danni; in ulteriore subordine, la sola condanna della Banca al risarcimento dei danni.

All'esame delle violazioni denunciate, diretto ad accertarne il fondamento, conviene premettere che a domandare l'accertamento è legittimata, in quanto del più recente dei contratti quadro ed operazioni per cui si controverte essa è parte, mentre è cessionaria dei più risalenti; con la conseguenza che, secondo l'orientamento dominante e dal collegio condiviso,



alla stessa compete di fare valere tutti i diritti, compresi quelli di impugnazione, già spettanti ai cedenti, e parti originarie di alcuni dei rapporti dei quali si tratta. Quanto, in particolare, ai contratti ed operazioni perfezionati da , è succeduta inoltre in tutti i rapporti per effetto di incorporazione, come la stessa ha affermato, senza contestazione da parte di Veneto Banca, e come, almeno parzialmente, risulta da documento prodotto.

E' nella "replica alla memoria conclusiva", datata 18/4/2011, che sono state precisate, in termini chiari e sintetici, le violazioni di doveri imputate da a Veneto Banca; violazioni già dedotte, peraltro, nei precedenti atti defensionali, a partire dalla "memoria introduttiva", datata 19/2/2010. In sintesi, viene censurata da la carente informazione fornita dalla Banca al fine della valutazione di adeguatezza degli strumenti finanziari derivati acquistati; viene censurata, inoltre, l'assenza di informazione in ordine al conflitto d'interessi, per avere la Banca agito in tutte le singole operazioni su derivati, delle quali si tratta, non quale intermediario, ma, come suole dirsi, in contropartita diretta, cioè quale controparte del cliente cui l'operazione era offerta.

Le riferite censure devono esaminarsi alla luce delle, in primo luogo, norme di legge e quindi, essenzialmente, di quelle contenute nell'art. 21 d. lg. 24 febbraio 1998, n. 58 (correntemente denominato TUF); delle norme regolamentari, in secondo luogo, cui compete, per espressa previsione della medesima legge (art. 6, 2° comma, TUF), di specificare il contenuto della disciplina legale: quindi, delle norme contenute negli artt. da 26 a 31 della deliberazione CONSOB 1° luglio 1998, n. 11522 (non più vigente, ma ancora

da applicarsi *ratione temporis* ai rapporti per cui si controverte); delle clausole contrattuali, infine, contenute in una parte dei contratti quadro di cui si tratta (in tutti, precisamente, tranne che nel primo, concluso da Veneto Banca il 16/2/2004): clausole che regolano gli obblighi della Banca nel caso in cui essa versi in conflitto d'interessi con il cliente e nel caso in cui questi disponga operazioni non adeguate (artt. 9 e 10 dei contratti stessi).

Della disciplina legale rilevano in particolare, nel caso, le norme dell'art. 21, 1° comma, TUF (nel testo *ratione temporis* da applicarsi) secondo le quali l'intermediario deve operare in modo che i clienti siano adeguatamente informati ed agire in situazioni di conflitto in modo da assicurare ai clienti trasparenza. Maggiormente rilevano, peraltro, le specificazioni regolamentari di cui agli artt. 27, 2° e 3° comma, e 29 deliberazione CONSOB n. 11522/1998; secondo la prima, l'intermediario deve preventivamente informare per iscritto il cliente della natura ed estensione del proprio eventuale interesse in conflitto nell'operazione che effettua con o per conto di lui ed eseguirla soltanto dopo avere raccolto il di lui consenso informato, per iscritto, all'esecuzione stessa, nonostante l'interesse in conflitto; secondo l'altra, l'intermediario può eseguire un'operazione inadeguata (per tipo, oggetto o dimensione) soltanto dopo avere segnalato al cliente l'inadeguatezza, indicandone le ragioni, e soltanto se lo stesso cliente confermi formalmente la disposizione, dando atto della segnalazione ricevuta. Le norme regolamentari predette sono recepite negli artt. 9 e 10, 1° comma, dei tre più recenti contratti quadro per cui si controverte.

Deve ritenersi, a giudizio del collegio, che i doveri imposti dalle regole sopra richiamate siano stati effettivamente violati da Veneto Banca.



Con riguardo all'inadeguatezza delle singole operazioni di *interest rate swap* concretamente perfezionate, deve invero osservarsi che, difettando in capo a tutte le Società contraenti un rischio di variazione dei tassi da coprirsi, come ha confermato la relazione del CTU e come la stessa Veneto Banca riconosce, la causa di tali operazioni era meramente speculativa: una causa, quindi, che ben potrebbe indurre a qualificare tali operazioni come scommesse, prive di piena efficacia contrattuale a norma dell'art. 1933 c.c., se ad escludere l'applicazione di quest'ultima norma non intervenisse l'esenzione derogatoria di cui all'art. 23, 5° comma, TUF. A determinare un giudizio di inadeguatezza basta tale natura di scommesse, capaci di comportare perdita pecuniaria anche ingentissima, in dipendenza dell'elevato importo di riferimento di ciascuna, pari ad euro 5.000.000, e non circoscritta da alcuna previsione di tetto. E' ben vero che il giudizio di inadeguatezza deve operarsi in relazione alle caratteristiche individuali, in particolare di dimensione patrimoniale ed esperienza in materia finanziaria, del cliente che dispone l'operazione. Ma anche in relazione al parametro delle caratteristiche individuali, nessuna delle Società che hanno disposto le operazioni di cui si tratta è tale che per essa l'operazione conclusa possa considerarsi adeguata: sono società a responsabilità limitata, gestite da un amministratore unico, il signor _____ che non può certamente considerarsi esperto di finanza, per quanto è risultato al collegio, che al riguardo lo ha sentito in sede di interrogatorio libero. Mancanza di esperienza finanziaria che, in capo allo stesso _____, è stata del resto già accertata dal Tribunale di Treviso con sentenza N. 1166/2008, prodotta da _____ in questo giudizio arbitrale; sentenza la quale ha escluso la possibilità di considerare il signor _____, che



come persona fisica era la controparte della Banca in un'operazione di *interest rate swap*, operatore qualificato sulla sola base della dichiarazione autocertificativa da lui stesso resa in tal senso. Sarebbe in contraddizione con il ricordato accertamento giudiziale considerare in questa sede operatori qualificati le tre Società che hanno disposto le operazioni di cui si tratta, se di tutte era amministratore unico proprio il signor . Né è stato provato che questi abbia potuto fruire, nel disporre, di assistenza e consulenza di altre persone, professionalmente qualificate; è risultato, al contrario, che per consiglio il signor si affidava interamente a funzionari e dirigenti di Veneto Banca, nei quali riponeva, per lunga consuetudine di rapporto, piena fiducia. La complessità di molte operazioni su derivati, e quella delle operazioni di cui si tratta in particolare, che il collegio ha direttamente verificato, esclude che l'intermediario possa considerarle adeguate per un cliente privo di esperienza specifica. Anche sotto il profilo dimensionale delle tre società di cui si tratta esce confermata l'inadeguatezza delle operazioni loro offerte: una di essa, , aveva, al tempo del perfezionamento delle operazioni, un patrimonio netto modestissimo, come risulta dai bilanci che la stessa Veneto Banca ha prodotti; le altre due, e disponevano bensì di un patrimonio netto maggiore, intorno a un milione di euro, che peraltro le operazioni stesse ben potevano annientare, per la già rilevata capacità, *ex post* di fatto concretatasi, di determinare ingentissime perdite.

Con riguardo, in secondo luogo, al conflitto d'interessi, è pacifico che nelle operazioni per cui si controverte Veneto Banca non si è limitata ad operare come intermediario, ma è stata controparte delle Società clienti. Non tutta la

giurisprudenza di merito concorda nel ritenere che tale circostanza sia di per sé sufficiente a configurare una situazione di conflitto d'interessi fra intermediario e cliente: lo ha fatto osservare, con puntuali riferimenti, la difesa di Veneto Banca. Ad avviso del collegio deve condividersi, peraltro, l'opposto orientamento giurisprudenziale, anch'esso diffuso (*ex multis* Trib. Palermo, 28 marzo 2006, in *Giur. comm.*, 2009, II, 361), secondo cui non è consentita in termini generali al mandatario la cosiddetta entrata nel contratto, ossia il perfezionamento con sé stesso del contratto che egli è incaricato di porre in essere per conto altrui: il farsi controparte del mandante è consentito al mandatario, anche nel mandato senza rappresentanza, al massimo entro i limiti in cui al rappresentante è dato di concludere un autocontratto a norma dell'art. 1395 c.c. (Cass., 12 ottobre 1964, n. 2672); come conferma, del resto, la norma specifica dell'art. 1735 c.c. Può ammettersi, quindi, che l'intermediario operi, come si dice, in contropartita diretta con il cliente, soltanto se quest'ultimo, messo sull'avviso, lo abbia espressamente autorizzato, come disposto nel citato art. 27 deliberazione CONSOB n. 11522/1998, in sintonia con la norma generale dell'art. 1395 c.c. Dal consenso informato del cliente potrebbe eventualmente prescindersi soltanto se il prezzo degli strumenti finanziari con riferimento ai quali l'intermediario opera come controparte fosse corrispondente (od addirittura più vantaggioso per il cliente) del prezzo ufficiale di giornata, così da escludere in radice l'influsso del conflitto sulle condizioni contrattuali (art. 1735 c.c., in sintonia con la norma generale del precedente art. 1394, da applicarsi anche nel caso del contratto con sé stesso); ma ciò non è nel caso in esame, essendo gli strumenti finanziari derivati che formano oggetto delle

operazioni, negoziati, come si dice, *over the counter*.

L'inadempimento di Veneto Banca deve, dunque, in astratto riconoscersi. Ma occorre ancora verificare se le norme regolamentari rispetto alle quali tale inadempimento è stato sopra verificato si applichino nel caso di specie: applicazione da escludersi, secondo l'assunto di Veneto Banca, a norma dell'art. 31 deliberazione CONSOB n. 11522/1998, che esonera l'intermediario dall'osservanza degli obblighi, fra gli altri, di cui ai sopra esaminati artt. 27 e 29 della medesima deliberazione nel caso in cui il cliente possa considerarsi un "operatore qualificato". Delle tre Società che hanno concluso i contratti, era invero iscritta in uno degli elenchi degli intermediari finanziari di cui al d. lg. 1° settembre 1993, n. 385, come documentalmente risulta; mentre il signor quale legale rappresentante delle altre due, ha dichiarato nei contratti-quadro per esse conclusi il possesso, da parte delle Società stesse, di una specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari. Circostanze che, alternativamente, sono fra quelle che determinano esenzione dall'osservanza delle norme regolamentari sopra indicate come rilevanti e violate.

Mentre il primo dei due sopra riferiti rilievi prospettati da Veneto Banca a sostegno del suo assunto è insuperabile, al secondo oppone che negli stessi contratti-quadro in cui è contenuta (nelle premesse, dichiarate parte integrante del contenuto contrattuale) la dichiarazione che comporterebbe la considerazione delle Società come "operatori qualificati" compaiono anche (negli artt. 9 e 10) clausole riprodotte delle disposizioni di cui agli artt. 27 e 29 deliberazione CONSOB, rendendo così irrilevante l'esenzione dall'osservanza di tali disposizioni stabilita da quella del successivo art. 31.



Quest'ultimo rilievo di _____ deve giudicarsi fondato, poiché gli obblighi eteronomi di fonte regolamentare sono divenuti di fonte contrattuale, ma non perciò meno vincolanti, per essere stati recepiti nel regolamento pattizio dei rapporti.

Deve di conseguenza accertarsi l'inadempimento di Veneto Banca ad obblighi incumbente nei confronti sia di _____, che di _____, ma anche nei confronti di _____ quanto al contratto-quadro concluso il 20/12/2004, poiché anche questo contiene (negli artt. 9 e 10) clausole che rendono irrilevante l'esenzione dall'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 27 e 29 deliberazione Consob n. 11522/1998 stabilita dal successivo art. 31 di questa.

Occorre ora verificare se dall'accertato inadempimento possano derivare una o più delle conseguenze indicate da _____ nelle conclusioni che essa ha rassegnate. Deve precisarsi che non rileva sul piano delle conseguenze il riconoscimento della parziale fondatezza, limitatamente al primo contratto quadro concluso da _____, dell'eccezione derivante dalla connotazione della stessa _____ come operatore qualificato. Da quel primo contratto non sono invero di pesi addebiti a carico della Società stipulante, che quest'ultima possa allegare quali componenti del danno sofferto, tranne che un addebito finale di euro 85.800,00 peraltro compensato da concessione di cosiddetto *upfront* di pari importo dalla Banca accreditato all'apertura di nuovo rapporto contemporanea alla chiusura del precedente, che comportava l'addebito.

Il collegio, pur consapevole della persistenza di opinioni contrarie, ritiene doveroso attenersi all'indirizzo di recente fissato da due decisioni

giurisprudenziali, assunte al livello più elevato (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725).

Tali decisioni, rese in materia di intermediazione finanziaria, hanno escluso che la violazione di norme imperative commessa dall'intermediario nella fase che precede ed accompagna la conclusione del contratto-quadro o in quella successiva di esecuzione dello stesso attraverso il perfezionamento di singole operazioni con il cliente o per conto di lui possa mai determinare la nullità del contratto-quadro medesimo e delle singole operazioni compiute nell'ambito del rapporto da esso regolato, dovendo tenersi ferma la distinzione tra norme di comportamento e norme di validità degli atti negoziali.

L'adesione al richiamato indirizzo comporta rigetto della domanda, proposta da in via principale, di dichiarazione di nullità sia dei contratti-quadro che delle singole operazioni compiute nell'ambito del rapporto da questi regolato; nonché rigetto, ovviamente, della domanda di restituzione il cui accoglimento discenderebbe da quello della domanda di accertare la nullità.

In subordine ha proposto, per prima, domanda di risoluzione per inadempimento dei medesimi contratti ed operazioni cui si riferisce la domanda principale di dichiarazione di nullità. Al collegio è ben presente la circostanza che dalle due autorevoli e recenti decisioni sopra richiamate è affermato che la statuita inidoneità della violazione di norme di comportamento ad operare come causa di nullità di atti negoziali non comporta, ovviamente, irrilevanza di tale violazione: quest'ultima, se commessa nella fase che precede ed accompagna la conclusione del

contratto-quadro, determina responsabilità precontrattuale della parte cui essa deve imputarsi; se commessa nella successiva fase di esecuzione del contratto-quadro, configura inadempimento, con conseguente responsabilità contrattuale e, ricorrendone il presupposto di non scarsa importanza dell'inadempimento stesso a norma dell'art. 1455 c.c., risolubilità del contratto di intermediazione finanziaria in corso.

Nel caso di cui qui si tratta le accertate violazioni, di difetto di specifico avvertimento al cliente sul conflitto d'interessi e, sull'inadeguatezza delle operazioni e di mancata acquisizione del formale consenso di lui all'esecuzione cionondimeno delle operazioni stesse, sono state commesse in fase esecutiva del contratto-quadro, allorché al cliente vennero offerti e da lui disposti i singoli affari di *interest rate swap*. Ne discenderebbe, in adesione alla ricordata affermazione giurisprudenziale, l'accoglimento della domanda di risoluzione dei contratti-quadro, dopo avere verificato la non scarsa importanza degli inadempimenti commessi; non scarsa importanza di cui non sembra, peraltro, potere dubitarsi.

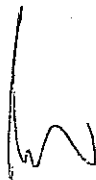
Tuttavia il collegio, dopo avere ricordato che le due richiamate decisioni delle Sezioni Unite avevano per obiettivo, e quindi per oggetto, soltanto di dirimere il contrasto giurisprudenziale in ordine alla questione di rilevanza della violazione di norme imperative di comportamento al fine di determinare la nullità di atti negoziali e che, quindi, l'affermazione sulla rilevanza delle violazioni stesse al fine di determinare la risoluzione dei medesimi atti si configura come *obiter dictum*, ritiene di discostarsi, nel caso di cui qui si tratta, da quest'ultima affermazione. Invero, le violazioni in esame sono relative ad obbligazioni derivanti dai contratti-quadro e sono

state consumate in fase di perfezionamento delle singole operazioni. Non può quindi, sulla base di esse, pronunciarsi la risoluzione delle singole operazioni, in relazione alle quali può soltanto configurarsi una responsabilità precontrattuale, derivante da omissione di comportamenti dovuti; se tale omissione non vi fosse stata, le singole operazioni che a hanno cagionato danno non sarebbero state concluse, come deve presumersi sulla base delle considerazioni che saranno di séguito esposte in punto di nesso di causalità. Devono allora applicarsi, quanto alla determinazione del danno, i criteri che un orientamento ormai consolidato ha elaborati con riguardo ai casi in cui la responsabilità contrattuale viene riconosciuta in presenza del perfezionamento di atti validi ed efficaci (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 19724; in dottrina, Roppo e Afferni, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1, p. 34 ss.).

Risolversi per inadempimento potrebbero, semmai, i contratti-quadro. Ma la risoluzione di questi - che ne presupporrebbe la riconducibilità, ardua ad avviso del collegio, entro la categoria dei contratti con prestazioni corrispettive - non comporterebbe senz'altro, in ogni caso, quella delle singole operazioni, che sono state autonomamente volute, sia pure, da parte del cliente, con volontà viziata dall'inadempimento precontrattuale dell'intermediario.

Ritiene quindi il collegio che nel caso di cui si tratta la rilevanza dei pur riconosciuti inadempimenti debba riconoscersi soltanto sul piano dell'obbligo risarcitorio, in accoglimento dell'ultima delle domande subordinate da proposte.

In sede di precisazione delle conclusioni ha liquidato il danno



sofferto nella somma, in primo luogo, di euro 890.865,70 pari alla differenza fra addebiti ed accrediti operati sul suo conto corrente in dipendenza delle operazioni di *interest rate swap* per cui si controverte (indicati i primi, nelle premesse del foglio di precisazione delle conclusioni, in complessivi euro 2.433.934,70 ed i secondi in complessivi euro 1.543.069,00); nell'ulteriore somma di euro 61.259,98 pari all'ammontare degli interessi passivi addebitabile sul conto corrente che registrava i risultati delle operazioni stesse; nella somma, infine, di euro 571.487,26, pari a quanto asseritamente percepito da Veneto Banca a titolo di "commissioni implicite" su tali operazioni.

ha aggiunto la clausola di stile secondo cui la condanna al risarcimento potrebbe anche essere maggiore o minore di quella da essa liquidata, in dipendenza di quanto emerso nel corso del giudizio e pure a sèguito dell'esercizio, da parte del collegio, del potere equitativo asseritamente spettantegli. In ogni caso, alla somma determinata in sede di condanna devono aggiungersi, secondo richiesta di _____, quelle della rivalutazione monetaria e degli interessi legali dalla data del dovuto al saldo.

La prima delle poste di danno indicate da _____; deve effettivamente considerarsi dovuta, sia pure rettificata nell'ammontare.

La differenza fra accrediti e addebiti dipendenti dalle operazioni in esame rappresenta in effetti il danno diretto ed immediato che per le operazioni stesse _____ ha risentito; danno da risarcirsi anche se arrecato con comportamento configurante responsabilità precontrattuale, poiché questa comporta, se il contratto è concluso, che l'altra parte sia messa nella medesima condizione in cui si sarebbe trovata se l'illecito non fosse stato commesso.



Conviene qui rilevare che il danno di cui si tratta è determinabile allo stato secondo le risultanze acquisite nel procedimento. Poiché l'ultima operazione di *interest rate swap*, conclusa da _____ il 13/7/2006, è ancora in corso e poiché di essa non viene pronunciata per le ragioni sopra indicate la risoluzione, potrà ben avvenire, qualora tale operazione non venga consensualmente chiusa senza ulteriore differenza fra accrediti ed addebiti a _____ rispetto a quella qui presa in considerazione, che l'ammontare del danno ne venga modificato, con aggravamento o riduzione (fino, al limite, all'azzeramento). Sulla base del criterio qui adottato, di tale variazione del danno dovrà essere tenuto conto, con aggiustamento auspicabilmente consensuale o, se necessario, a séguito di altro giudizio.

La liquidazione del danno esige, peraltro, il previo accertamento del nesso di causalità fra gli inadempimenti dell'intermediario e il pregiudizio sofferto dal cliente. Il nesso di causalità deve essere provato, secondo la regola generale, dal danneggiato, non essendo al riguardo disposta dalla disciplina speciale dell'intermediazione finanziaria un'inversione dell'onere probatorio in favore del cliente, come quella stabilita, ma per altri elementi della fattispecie causativa di responsabilità dell'intermediario, dalla norma dell'art. 23, ultimo comma, TUF. _____ pur avendo argomentato anche in punto di nesso di causalità nei propri atti defensionali, non ha offerto prove dirette della circostanza che, se convenientemente messa sull'avviso da Veneto Banca, essa si sarebbe astenuta dal disporre le operazioni per cui si controverte. Anche in mancanza di prova diretta, peraltro non facile da fornirsi, può senz'altro fondarsi, tuttavia, l'accertamento del nesso di causalità sulla prova per presunzioni, secondo un indirizzo che risulta diffusamente

adottato dai giudici di merito (*ex multis* Trib. Torino, 18 settembre 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 45, 77). E' facile presumere che, se avvertito dell'inadeguatezza dell'operazione, così come avrebbe dovuto essere, il cliente, apprezzando le specifiche ragioni di tale inadeguatezza, che l'intermediario era tenuto a indicargli, ben difficilmente l'avrebbe cionondimeno autorizzata formalmente. Quanto, poi, al conflitto d'interessi, in presenza del quale l'intermediario deve senz'altro astenersi dall'operazione, qualora facciano difetto le circostanze esimenti, che nel caso certamente non sussistono, la violazione del divieto (che avrebbe potuto anche condurre all'annullamento delle operazioni, se fosse stato domandato) di per sé comporta obbligo di risarcire il danno cagionato all'altra parte dall'operazione vietata, come è stato rilevato, sia pure in *obiter dictum*, da una delle due autorevoli pronunce recenti che si sono già sopra, ad altro proposito, richiamate (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit., nel punto 3.3).

Se è fondata la domanda di risarcimento, quanto alla prima delle poste di danno indicate da _____, deve tuttavia rettificarsene l'ammontare. Determinato, come già si è ricordato, l'ammontare di tale posta per differenza fra totale degli addebiti e degli accrediti in conto corrente dipendenti dalle operazioni in esame, deve rettificarsi la misura degli accrediti indicata da _____: la misura corretta risulta, dalla verifica condotta sugli estratti conto prodotti dalla stessa _____, di euro 1.606.535,62 (sostanzialmente coincidente con quella indicata nel foglio di precisazione delle conclusioni di Veneto Banca, sia pure a fine diverso da quello qui ed ora considerato). La differenza è quindi di euro 827.399,00; entro tale ammontare è da ridursi la posta di danno che Veneto Banca deve risarcire.





La seconda posta di danno per cui domanda il risarcimento è data dagli interessi addebitabile in conto corrente sui saldi passivi di questo. Il collegio arbitrale, pur avendo potuto constatare, dalla documentazione che ha prodotto, l'effettiva esistenza di addebiti anche per interessi debitori, non è stato messo in condizione di accertare in che misura i saldi passivi su cui sono maturati tali interessi si debbano allo sbilancio determinato dalle perdite discendenti dalle operazioni di cui si tratta. Sicché, dovendo applicarsi la regola secondo cui la parte che domanda una condanna non generica al risarcimento del danno è gravata dall'onere di provarne non soltanto la sussistenza, ma anche l'ammontare, che può determinarsi su base equitativa soltanto nel caso di impossibilità od estrema difficoltà di fornire quest'ultima prova, il collegio non può accogliere la domanda risarcitoria relativamente alla seconda posta del danno lamentato.

La terza ed ultima posta di danno indicata da è data dalle commissioni implicite od occulte lucrate da Veneto Banca sulle operazioni dalla stessa impugnate. Il relativo ammontare è indicato da in euro 571.487,26. Quest'ultima indicazione dovrebbe in ogni caso ridursi, avendo il CTU accertato nel supplemento di relazione, depositato a sèguito delle osservazioni delle parti sulla relazione di base, che l'ammontare delle commissioni implicite relative ai soli contratti fatti oggetto di domande nel presente giudizio è di euro 279.205,00. Ma nemmeno nella misura così ridotta la domanda può essere accolta, perché le commissioni cosiddette implicite sono tali, appunto, per non essere addebitate a questo titolo dall'intermediario al cliente, venendo invece assorbite ad aumento degli addebiti od a riduzione degli accrediti che costituiscono il risultato

dell'operazione nel corso del tempo. Sicché si darebbe luogo a duplicazione inammissibile, se la condanna al risarcimento comprendesse, oltre che la differenza fra addebiti e accrediti, anche le commissioni implicite.

La condanna al risarcimento deve quindi limitarsi entro l'ammontare, come sopra ridotto ad esito di rettifica, della differenza fra addebiti e accrediti: alla somma, cioè, di euro 827.399,00.

Poiché si tratta di somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, ne è giustificata la rivalutazione, per perdita di potere d'acquisto della moneta nel tempo decorso dal momento in cui la perdita pecuniaria è maturata a quello della decisione; così come deve accogliersi la domanda accessoria di corresponsione aggiuntiva degli interessi legali.

Un'esigenza di semplicità ed equità induce il collegio a determinare l'entità della rivalutazione nella misura forfettaria di circa il 5% della somma dovuta: a pronunciare quindi condanna al pagamento della somma di euro 869.000,00 comprensiva della rivalutazione. A tale somma dovranno aggiungersi gli interessi al tasso legale dal giorno della domanda (23/9/2009) a quello del pagamento.

Le domande riconvenzionali restitutorie proposte da Veneto Banca in subordine rispetto alla istanza principale di rigetto di tutte le domande di (istanza parzialmente respinta, nella misura in cui viene in parte accolta l'ultima domanda subordinata di) non vengono in considerazione in quanto avanzate sotto la condizione, mancata, della pronuncia o della nullità o della risoluzione delle operazioni per cui si controverte.

La soccombenza reciproca, ma prevalente in capo a Veneto Banca,



induce a porre le spese per il funzionamento del collegio arbitrale, oggetto di separata liquidazione, per tre quarti a carico di Veneto Banca stessa e per un quarto a carico di ; quanto alle spese per la difesa di , una metà, che si liquida nella somma, comprensiva di esborsi, diritti e onorari, di euro 14.085,00, dovrà essere rifusa alla stessa da Veneto Banca.

P.Q.M.

il collegio arbitrale, accertato l'inadempimento di Veneto Banca ad obblighi discendenti dai contratti con da quest'ultima impugnati,

condanna

Veneto Banca S. c. p.a. a pagare a la somma di euro 869.000,00 (ottocentosessantannovemila/00) con l'aggiunta degli interessi al tasso legale dal 23/9/2009 alla data del pagamento, oltre che a sostenere tre quarti delle spese per il funzionamento del collegio arbitrale, oggetto di separata liquidazione, ed a rifondere a metà delle spese di patrocinio, liquidata nell'onnicomprendiva somma di euro 14.085,00 (quattordicimilaottantacinque) con l'aggiunta degli accessori di legge (CNA e IVA), se dovuti;

respinge

ogni altra domanda, dall'una e dall'altra parte proposta.

Così deliberato all'unanimità in conferenza personale degli arbitri, con successiva redazione e sottoscrizione.

(prof. avv. Maria Costanza) *M. Costanza* il 20 maggio 2011
(prof. avv. Luigi Garofalo) *L. Garofalo* il 23 maggio 2011
(prof. avv. Giovanni Gabrielli) *G. Gabrielli* il 24 maggio 2011